

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFASTABILIDADE: ESTUDO COM ENFOQUE NO ATIVISMO JUDICIAL*

Frederico Wildson da Silva Dantas
Juiz Federal

1. INAFASTABILIDADE E ATIVISMO JUDICIAL

Este trabalho trata do princípio constitucional da inafastabilidade, uma das mais importantes garantias constitucionais do processo, em face do ativismo judicial, modelo de atuação aos poucos incorporado pela magistratura brasileira e que tem sido objeto de intenso debate no âmbito acadêmico, suscitando discussões apaixonadas e intensa polêmica sobre sua legitimidade.

O ponto de partida é a análise histórica e dogmática da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional que, no sistema constitucional brasileiro, confere ao Poder Judiciário possibilidade de atuação muito ampla, em especial no exercício da chamada jurisdição constitucional. A partir daí, pretende-se investigar em que medida esse princípio se apresenta como possível fundamento para o ativismo

2. INAFASTABILIDADE NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

2.1. A CARTA IMPERIAL (1824)

Ao inaugurar a história constitucional brasileira, a Carta Imperial de 1824 instituiu um sistema híbrido, que se situa entre o liberalismo e o absolutismo.

(*) Monografia apresentada como requisito para conclusão da disciplina Garantias Constitucionais do Processo e Instrumentabilidade Processual, do Curso de Doutorado ds UFPE.

O caráter liberal da Carta Política do Império pode ser identificado em seu artigo 178, que reconhece a natureza materialmente constitucional das disposições referentes aos limites e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos. Estas matérias ficavam resguardadas por um processo de reforma constitucional reforçado pelo procedimento, ao passo em que as demais disposições constitucionais podiam ser alteradas sem esse rigor, dando ao sistema constitucional uma configuração semi-rígida.

A influência do constitucionalismo liberal está presente também nas disposições que asseguravam os direitos fundamentais civis e políticos dos cidadãos, instituídos em catálogo expresso ao longo de seu texto, e reconheciam o corolário da separação dos poderes como uma de suas mais importantes garantias, enunciando que “a divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece.” (artigo 9).

Entrementes, de maneira paradoxal, essas disposições conviviam com resquícios do absolutismo, a exemplo da norma segundo a qual a pessoa do Imperador é inviolável e sagrada, não estando sujeito a responsabilidade alguma (artigo 99). Essa característica ficou muito marcada principalmente pela instituição do Poder Moderador, que dava amplos poderes ao Imperador situando-o num patamar superior aos demais poderes políticos, tanto assim que é descrito por Paulo BONAVIDES como “a constitucionalização do absolutismo, se isso fosse possível” (BONAVIDES, 1989, p. 96).

O Poder Judiciário, então denominado de Poder Judicial, era reconhecido como um Poder Independente, e os magistrados eram dotados de algumas garantias, sendo considerados perpétuos, conquanto pudessem ser removidos por força de lei. Aos cidadãos brasileiros era assegurado o direito fundamental de petição que, como se sabe, tem conteúdo diverso do direito constitucional de ação, inexistindo na primeira Carta Política brasileira traços mais significativos de um direito fundamental à tutela jurisdicional.

Pelo contrário, ao longo do Império, nomeadamente a partir de 1942, vigorou um modelo de contencioso administrativo, tanto que o Conselho de Estado do Segundo Reinado funcionava como a suprema de apelação de justiça administrativa (GARNER, 2002, p. 160). Na Carta Imperial, o dispositivo mais afim com a garantia do acesso à justiça é a norma do artigo 179, inciso XII, que assegura a independência do Poder Judicial, prescrevendo que “nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustá-las, ou fazer reviver os Processos findos”.

2.2. A CONSTITUIÇÃO DA PRIMEIRA REPÚBLICA (1891)

A Constituição de 1891 sofreu forte influência do direito norte-americano, tendo acolhido o sistema presidencialista de governo e a forma federativa de Estado, além de incorporar influências outras, vindas da experiência francesa e latino-americana, a exemplo do regime de intervenção federal e da criação do estado de sítio. Sua mudança mais significativa, no que diz respeito à organização política do Estado, consiste na instituição da separação dos poderes voltada à teoria clássica de Montesquieu, resultando na extinção do Poder Moderador.

Com as mudanças trazidas pela Constituição republicana, o Poder Judiciário saiu muito fortalecido. Foram-lhe atribuídas as prerrogativas da vitaliciedade e da irredutibilidade de vencimentos, bem como novas competências que, até então, não exercia, como a do controle dos atos legislativos e administrativos. Essas competências já podem ser consideradas antecedentes históricos da garantia constitucional da inafastabilidade, já que atribuíam ao Judiciário a possibilidade de rever praticamente qualquer matéria que fosse levada a juízo, inclusive para fiscalizar a constitucionalidade de leis e atos normativos.

Foi durante a instalação da Primeira República que se instituiu, no Brasil, o controle difuso de constitucionalidade. Nesse sentido, a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que completou a organização da Justiça Federal, dada pelo Decreto nº 848/1890, autorizava os juízes e tribunais a apreciarem a validade das leis e regulamentos e a deixarem de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com as Constituição (artigo 13, § 10).

Na sua declaração de direitos, consta mais uma vez o direito de petição, sem qualquer menção à garantia da inafastabilidade. Todavia, é preciso assinalar que, embora a inafastabilidade não constasse de forma expressa no texto, o direito à tutela jurisdicional já estava implicitamente incorporado à Constituição de 1891, e poderia ser tido como presente na medida em que constituía um princípio intrínseco à sistemática constitucional (cf. DANTAS, 2007, p. 368).

2.3. A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO SOCIAL BRASILEIRO (1934)

A Constituição de 1934 foi a primeira constituição dirigente do Brasil, incorporando importantes inovações, em especial sobre a ordem econômica e social, a família, a educação e a cultura, tendo instituído o Estado Social brasileiro-

ro. Além disso, criou a Justiça Militar e Eleitoral como órgãos do Poder Judiciário, introduziu as garantias constitucionais do mandado de segurança e da ação popular, e promoveu uma ampla reforma eleitoral instituindo o sufrágio direito, secreto e universal, e a obrigatoriedade do voto.

Seu artigo 3º estabelece que o Poder Judiciário, juntamente com o Legislativo e o Executivo, é um órgão da soberania nacional que, nos limites da constitucionais, são independentes e coordenados entre si. A Constituição de 1934 também foi a primeira a assegurar à magistratura as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos (artigo 64). Entretanto, em seu artigo 68, a Constituição veda ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas, estabelecendo um claro limite ao controle jurisdicional.

É curioso observar que ainda hoje o Poder Judiciário estabelece restrições ao âmbito de sua intervenção, interpretando a garantia da inafastabilidade de forma a prevenir a intromissão do controle jurisdicional no exame de aspectos políticos. Para constatá-lo basta examinar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tema do processo legislativo, segundo a qual a matéria relativa à interpretação, pelo Congresso Nacional, de normas de regimento legislativo, é imune à crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio *interna corporis* (cf. MORAES, 1998, 56).

Em que pese a Constituição de 1934 não prescrevesse o direito fundamental à tutela jurisdicional, corporificada na garantia da inafastabilidade, reconhecia uma de suas mais importantes derivações: o princípio da indeclinabilidade. Esse importante princípio vinha enunciado no catálogo dos direitos e garantias individuais, no artigo 113, número 37, com a seguinte redação: “Nenhum Juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade”.

Como se sabe, a vigência dessa Constituição teve uma curtíssima duração, visto que estava condenada a ser abolida já em 1937, com o advento do Estado Novo.

2.4. A CARTA “POLACA” DO ESTADO NOVO (1937)

A Carta Política de 1937, também conhecida como a “Polaca” pela influência que sofreu da Constituição da Polônia, de origem totalitária e fascista, apresenta um perfil infenso ao conceito de democracia e da garantia de direitos individuais exaltando um Estado forte e intervencionista (cf. BONAVIDES, 1989, p. 339 ss.). Outorgada por Getúlio Vargas, após o golpe de 10 de novembro de

1937, a Polaca institucionalizou um regime autoritário em que praticamente não havia divisão de poderes, pois o Legislativo e o Judiciário foram amesquinçados em face do Executivo, concentrando-se imensos poderes na figura do Presidente da República, reconhecido no artigo 73 da Carta como “autoridade suprema do Estado”.

O Poder Judiciário ficou gravemente enfraquecido no regime político do Estado Novo, como se pode verificar do artigo 91 da Carta Política, que fazia ressalva a possíveis restrições às garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos da magistratura. Ademais, sofreu perda substancial no que toca à fiscalização da constitucionalidade das leis, uma vez que mesmo depois de declarada a inconstitucionalidade de uma lei pelo Supremo Tribunal Federal, esta era submetida de novo ao Legislativo, que poderia por maioria de dois terços rejeitar a decisão, hipótese que equivalia a uma emenda constitucional.

No que respeita à inafastabilidade merece destaque o dispositivo do artigo 170, que restringe como nunca antes o âmbito do controle jurisdicional, vedando ao Poder Judiciário conhecer de atos governamentais praticados durante o estado de emergência ou o estado de guerra. Eis seu enunciado: “Durante o estado de emergência ou o estado de guerra, dos atos praticados em virtude deles não poderão conhecer os Juízes e Tribunais.”

Ao discorrer sobre as constituições brasileiras, Afonso Arinos faz o seguinte comentário sobre a Carta de 1937: “Não há necessidade de prestar muita atenção a um texto que não foi aplicado e que havia sido redigido conscientemente para não se aplicar. Constituições ditatoriais e anticomunistas da Europa. Presidente com poder praticamente absoluto. O Supremo Tribunal anulado como poder político e garantias individuais reduzidas a quase nada.” (FRANCO, 1976, p. 170)

De fato, tecnicamente a Carta de 1937 nunca teve aplicabilidade, já que nunca foi cumprido o requisito previsto no artigo 187, que rezava: “Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito na forma regulado em decreto do Presidente da República”. Como o plebiscito nunca foi realizado, de direito, a Carta de 1937 nunca entraria em vigor.

2.5. A CONSTITUIÇÃO DO PÓS-GUERRA (1946)

A Constituição de 1946 surgiu com o fim da Segunda Guerra Mundial, período em que “vários povos se organizaram em novos Estados soberanos, e

nações dominadas por forças invasoras ou por regimes ditatoriais reconquistaram as liberdades perdidas. Nessa época, vinte e um países promulgaram suas constituições, e, na América Latina, oito países inauguraram instituições novas ou reformaram a fundo as existentes” (cf. FRANCO, 1976, p. 170-171).

Com um texto equilibrado e harmônico, e inspirada numa ideologia libertária no campo político, a Constituição do Pós-Guerra pôs fim ao regime autoritário do Estado Novo, restaurando o federalismo, a democracia e o equilíbrio dos poderes da República; é considerada por muitos estudiosos como a mais bem elaborada, do ponto de vista técnico, na história do constitucionalismo brasileiro.

No que diz respeito a este estudo, importa registrar que o Poder Judiciário foi reerguido ao seu *status* de independência solapado pela Carta Polaca. A partir da redemocratização não se permitiu mais a interferência indevida do Legislativo e do Executivo no funcionamento do Judiciário, ressalvada a participação em sua estrutura e organização, segundo os expressos limites do sistema constitucional de divisão de competências.

Contudo, o avanço mais significativo no campo do direito à tutela jurisdicional, trazido pela Constituição de 1946, consistiu na positivação do princípio da inafastabilidade, pela primeira vez encartado como garantia expressa no catálogo dos direitos individuais. Eis sua redação original, que consta do artigo 141, § 4º:

Art. 141...

§ 4º – A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

Não foi por acaso que o princípio da inafastabilidade surgiu com a Constituição que redemocratizou o país, pondo fim ao regime autoritário do Estado Novo e restaurando o equilíbrio entre os poderes.

Carecia de sentido falar em inafastabilidade do controle jurisdicional durante o Império, quando o Poder Judicial sequer podia rever atos administrativos. De outro lado, embora o princípio estivesse presente de forma implícita na Constituição da República, àquela altura não havia motivos concretos para se reconhecer formalmente o direito fundamental à tutela jurisdicional, tão entranhado que estava na ideologia liberal que sequer se cogitaria de sua supressão.

Em 1934, surgiu a primeira disposição limitadora do controle jurisdicional, proibindo o Judiciário de interferir em questões exclusivamente políticas,

norma que já anunciava o viés ideológico do governo de Getúlio Vargas, que almejava reforçar o poder presidencial concentrando competências no Executivo em detrimento do Legislativo e do Judiciário. Isso desaguiaria, três anos depois, no esvaziamento do direito fundamental à tutela jurisdicional, justamente para afastar o controle judicial das ações governamentais praticadas em estado de exceção.

Após a experiência de quinze anos de ditadura, marcados pelo desrespeito aos direitos fundamentais e perseguições políticas, despertou-se para a necessidade de um Judiciário independente, capaz de defender as liberdades públicas contra a ação intimidadora e arbitrária do poder político. A garantia da inafastabilidade exalta a importância de garantir o acesso ao Judiciário, que constitui a última trincheira do cidadão contra todas as formas de opressão, seja aquela exercida pelo poder institucionalizado, seja a opressão do poder econômico e social.

Assim, por paradoxal que pareça, a semente da garantia fundamental da inafastabilidade vem da Carta Política de 1937: estava justamente na proibição do Judiciário de fiscalizar a legalidade das ações governamentais no estado de exceção. Em boa verdade, a instituição da inafastabilidade na Constituição de 1946 nada mais é senão uma reação contra esse estado de coisas, um manifesto em favor da liberdade, destacando a importância fundamental do acesso à justiça como instrumento de garantia do regime democrático. Essa garantia nasceu como um perfil marcadamente individualista, uma garantia que protege o indivíduo contra o arbítrio estatal, reflexo de suas raízes, deitadas no constitucionalismo liberal, que concebe os direitos fundamentais como direitos negativos de defesa contra o Estado.

2.6. A CARTA POLÍTICA DA REVOLUÇÃO (1967)

Com a revolução de 1964, os militares tomaram de assalto o poder, dando início a um novo ciclo autocrático que duraria mais de vinte anos. A promulgação da Carta Política de 1967 representou a tentativa de emprestar aparente legitimidade ao regime autoritário, viabilizando a continuidade e a institucionalização do processo político instaurado com a “Revolução Gloriosa”, verdadeiro golpe de Estado.

A Carta de 1967 se caracteriza pela centralização do poder na União, com inegável fortalecimento do Poder Executivo; mais uma vez os Poderes Legislativo e Judiciário foram enfraquecidos, sendo relegados a um plano secundário.

rio pelo esvaziamento de suas competências. Apesar da formal divisão de poderes “independentes e harmônicos”, na realidade existia apenas o Poder Executivo, que legislava mediante decretos-leis e excluía do controle jurisdicional os atos praticados com fundamento em seus Atos Institucionais.

Embora a Carta mantivesse formalmente os mesmos direitos e garantias individuais previstos na Constituição de 1946, com a finalidade de conferir ao seu texto uma feição democrática, isso não tinha qualquer relevância para a realidade experimentada pelos brasileiros, já que o reconhecimento formal de direitos individuais não se traduzia num efetivo respeito das liberdades públicas.

A Carta de 1967 padecia de falta de normatividade subsistindo apenas no plano formal, mas sem maiores conseqüências práticas. Serve de excelente exemplo daquilo que Ferdinand LASSALLE pretendeu ilustrar quando qualificou as constituições escritas como meras “folhas de papel”, em contraste com a constituição real, formada pelo conjunto de forças políticas, sociais e econômicas que dominam uma sociedade, os chamados fatores reais do poder.

Assim, embora o artigo 150, § 4º, da Carta 1967 repetisse a disposição de 1946, declarando que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, isso era insistentemente desmentido pelos Atos Institucionais da Revolução. Cada um deles lembrava que o reconhecimento formal da inafastabilidade do controle jurisdicional tinha função meramente retórica, não resultando conseqüências jurídicas nem muito menos importando uma efetiva garantia constitucional do cidadão.

A cada Ato Institucional se reafirmava que os atos praticados pela Revolução estavam fora do alcance da fiscalização judicial: quase todos excluía a incidência dessa garantia individual proibindo expressamente a apreciação judicial dos atos deles decorrentes (v. AI-1, artigo 7, §º 4; AI-2, artigo 19; AI-3, artigo 6º; AI-5, artigo 11). Tal proibição era vazada quase sempre nos mesmos termos, as vezes com alguma variação de enunciado, mas todos com de idêntico conteúdo, ou seja, suprimindo o controle jurisdicional de atos governamentais. Leia-se a propósito o artigo 11 do famigerado AI-5, que marcou o ápice do autoritarismo na história brasileira: “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

É fácil notar que a Carta de 1967 não possuía quase nenhuma importância e que a verdadeira lei fundamental da Revolução constava de seus Atos Institucionais, sendo que, em rigor, esses diplomas não reconheciam o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou mesmo um Judiciário indepen-

dente que pudesse exercê-lo. Com efeito, além de proibir a apreciação judicial dos atos praticados em sua conformidade, o AI-5 suspendia as garantias constitucionais da vitaliciedade, inamovibilidade (artigo 6º) e autorizava o Presidente da República a remover, aposentar ou por em disponibilidade quaisquer dos titulares dessas garantias (artigo 6º, § 1º).

O Ato Institucional nº 5 continuou em vigor mesmo após a promulgação da Emenda Constitucional nº I de 30 de outubro de 1969, que também convalidou os Atos Institucionais, seus atos complementares e seus efeitos:

Art. 181. Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:

I – os atos do Governo Federal, com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares e seus efeitos, bem como todos os atos dos Ministros Militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República, com base no Ato Institucional nº 12, de 31 de agosto de 1966;

II – as resoluções, fundadas em Atos Institucionais, das Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de governadores, deputados, prefeitos e vereadores quando no exercício dos referidos cargos; e

III – os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares indicados no item I.

Art. 182. Continuam em vigor o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e os demais Atos posteriormente baixados.

Parágrafo único. O Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá decretar a cessação da vigência de qualquer desses Atos ou dos seus dispositivos que forem considerados desnecessários.

O que se afirmou sobre a Carta de 1967 também pode ser aplicado à Emenda Constitucional nº 1, de 1969, pois ambas padeciam da mesma falta e normatividade. Vale a pena transcrever as corajosas afirmações de Afonso Arinos de Melo FRANCO a respeito, publicadas em 1976:

... Em nome deste comando revolucionário, é que, a 17 de outubro de 1969 foi editada a Emenda constitucional número 1, cujo texto constitui, formalmente, a atual Constituição da República.

Formalmente, mas não factualmente, porque, de fato, a sua vigência está condicionada à suspensão do Ato Institucional número 5, providência que não é cogitada até o momento.

Tal como a de 1967, a Constituição de 1969 é de tipo instrumental. Visa somente a dar fisionomia jurídica a um regime de poder de fato.

Há, dentro dela, uma parte tradicional, a qual reconhece realidades históricas e políticas da formação nacional, e, por isto mesmo, é a sua parte duradoura. Afora isso o texto é de escassa, ou, mesmo, nenhuma importância. Não poderá ser aplicado em um sistema de Estado de direito, nem foi criado para tal. (cf. FRANCO, 1976, p. 179).

O regime autoritário começaria a ruir durante o Governo Geisel, o qual deu início a um lento processo de abertura política que, em junho de 1978, resultou no conjunto de medidas conhecidas como Pacote de Junho, as quais compreendiam a revogação do AI-5, bem como das suspensões dos direitos políticos nele baseados. Em 1979, no Governo de Figueiredo, o processo de abertura teve continuidade, com a concessão de anistia aos condenados por crimes políticos e uma reforma política que permitiu a criação de cinco partidos políticos, ao invés dos dois até então existentes.

Sucedeu-se a campanha pela adoção do voto direto e pela redemocratização do país, culminando na eleição de Tancredo Neves que, por motivo de doença, não pôde tomar posse na data prevista, falecendo pouco tempo depois. Em seu lugar foi empossado seu vice, José Sarney, que cumpriu o compromisso de campanha e propôs a convocação de uma Assembleia Constituinte, materializada na Emenda Constitucional nº 26/85, transformando o Congresso Nacional em um Congresso Constituinte.

2.7. A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ (1988)

Às vésperas de completar vinte anos de vigência, a Constituição da República de 1988, conhecida como a *Constituição Cidadã*, na expressão cunhada por Ulysses Guimarães quando de sua promulgação, foi aquela que mais contribuiu para a democratização do país, no que contou com a contribuição da Justiça Eleitoral e da tecnologia da urna eletrônica, mas principalmente graças ao seu modo de elaboração extraordinariamente participativo e aos importantes avanços sociais incorporados em seu texto.

Em respeito à organização e estruturação do poder político, a Constituição de 1988 representou grande fortalecimento dos Poderes Legislativo e Judi-

ciário. Nas palavras de Paulo BONAVIDES, trata-se de um marco na transição de um governo discricionário para um governo constitucional: “estamos unicamente passando de uma a outra transição, a saber, da transição discricionária para a transição constitucional, do governo de um só poder para o governo dos três poderes, do regime do decreto-lei para o regime da Constituição” (BONAVIDES, 1989, p. 487).

O Poder Judiciário mereceu um tratamento especial do constituinte, com uma generosa ampliação de suas competências, principalmente no âmbito da justiça constitucional, desaguando num sistema de fiscalização da constitucionalidade que hoje contempla o controle difuso pela via de exceção, tanto nas ações quanto nas omissões, através do mandado de injunção, juntamente com o controle concentrado pela via da ação direta, com a ampliação dos legitimados para proporem ações diretas de inconstitucionalidade, a criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, da ação declaratória de constitucionalidade e da ação de descumprimento de preceito fundamental.

Isso sem falar na completa reestruturação constitucional do Ministério Público, que passou a se dedicar precipuamente à defesa da sociedade, incorporando importantes atribuições que vão muito além do domínio da ação penal pública, da tutela dos incapazes e da fiscalização da legalidade, nomeadamente no que toca ao inquérito civil público e à ação civil pública. Essa importante transformação no perfil institucional do Ministério Público repercutiu sobremaneira na atuação do Poder Judiciário, que se viu convocado a interferir em questões que até então ficavam afastadas das barras dos Tribunais, dentre as quais merece destaque a garantia de efetividade dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, mediante o controle jurisdicional das políticas públicas do governo.

No que trata do sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais houve também várias mudanças, em respeito a esse estudo vale destacar a introdução dos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, que consubstanciam a idéia força das garantias constitucionais de natureza processual. Nesse contexto de mudanças, o princípio da inafastabilidade também foi alvo de inovações, tendo sido encartado no rol dos direitos fundamentais pelo artigo 5º, inciso XXXV, com o seguinte enunciado:

Art. 5º...

XXXV – A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Essa redação agrega ao princípio da inafastabilidade duas importantes derivações. A primeira consiste na possibilidade de provocar a tutela jurisdicional diante da mera ameaça de lesão a direito, o que implica o reconhecimento à tutela jurisdicional inibitória. A segunda vem da referência à expressão direito, sem o qualificativo individual, indicando o reconhecimento do direito à tutela jurisdicional dos interesses transindividuais.

Não obstante seja reconhecidamente superior à redação original de 1946, o dispositivo em vigor não está livre de críticas. Deveras, a moderna doutrina processual tem observado que a redação incorporada no texto de 1988 não superou completamente o viés liberal presente em suas origens, sendo ainda insatisfatório como garantia ampla à tutela jurisdicional ou acesso à justiça. Nesse sentido, o prof. Francisco Wildo Lacerda DANTAS observa que a redação peca “sobretudo por não fazer menção a uma tutela efetiva e em prazo razoável, limitando-se a impedir que o Parlamento possa criar algum obstáculo, por meio de lei, à atuação do Poder Judiciário” (DANTAS, 2007, p. 376-379), ressaltando, embora, que a Reforma do Judiciário, implementada por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, procurou suprir tal deficiência, incluindo no rol de direitos e garantias individuais do artigo 5º, o inciso LXXVIII, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

3. SITUANDO O PRINCÍPIO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE

Tratando sobre os princípios no Direito brasileiro, na sua obra fundamental sobre interpretação e aplicação da Constituição, Luís Roberto BARROSO propõe uma interessante classificação. Inicia por distinguir os princípios constitucionais instrumentais, ou hermenêuticos, dos princípios constitucionais materiais, ou jurídicos. A primeira categoria trata dos princípios que desempenham função argumentativa no sistema, enquanto a segunda abrange os princípios jurídicos impositivos. Estes, por sua vez, são classificados quanto à sua importância em princípios fundamentais, gerais e setoriais.

Os princípios fundamentais materializam as decisões fundamentais no âmbito do Estado, que vão determinar a matriz da estrutura e organização do poder político e constituir a referência axiológica do sistema constitucional, constando dos artigos 1º ao 4º da Constituição, sob esse título. Os princípios gerais não compõem o núcleo das decisões políticas do Estado, mas apesar disso são

importantes desdobramentos dos princípios fundamentais que, muitas vezes, atuam diretamente para tutelar situações jurídicas. Esses princípios produzem eficácia em toda a ordem jurídica, e a maioria deles consta do artigo 5º da Constituição. Os princípios setoriais, ou especiais, incidem sobre um conjunto específico de normas relacionadas com um tema, capítulo ou título da Constituição, produzindo eficácia limitada sobre esse setor, como os princípios constitucionais tributários ou os princípios que regem a Administração Pública (cf. BARROSO, 2006, p. 375-376).

De acordo com essa classificação, para situar o princípio da inafastabilidade no sistema constitucional deve-se, primeiramente, voltar os olhos para o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (CF/88, artigo 1º, inciso III), que figura como principal referência axiológica do sistema de direitos fundamentais na Constituição da República. Essa idéia é aceita por diversos autores que tratam do tema, isto é, a noção de que o princípio da dignidade da pessoa humana é o “superprincípio” que dá unidade de sentido ao sistema de direitos fundamentais, de maneira que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto ou indireto na dignidade da pessoa humana e, em outro sentido, podem ser reconduzidos de alguma maneira à noção de dignidade (SARLET, 2002, p. 81-88)

A principal especificação da dignidade da pessoa humana no campo processual é o princípio geral do devido processo legal (*due process of law*). Como se sabe, a origem remota do devido processo legal vem da Magna Carta de João Sem Terra (1215), cuja cláusula 39 estabelecia que “nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra”. A cláusula emprega a expressão “lei da terra” (*law of the land*) como referência ao sistema jurídico baseado na jurisprudência (*common law*).

Como visto, o princípio foi introduzido na ordem jurídica constitucional brasileira pela Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 5º, inciso LIX, prescreve: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. A expressão “devido processo legal” foi utilizada pela primeira vez por uma lei inglesa de 1354, editada no reinado de Eduardo III, denominada *Statute of Westminster of the Liberties of London*, por um legislador desconhecido (NERY JUNIOR, 2004, p. 61). A mesma expressão consta da Constituição norte-americana (1787), na sua 5ª Emenda: “Ninguém será privado de sua vida, liberdade, ou bens sem o devido processo legal”.

A garantia fundamental do devido processo legal é eminentemente individualista e, no seu sentido histórico mais amplo, caracteriza-se pela tutela do trinômio vida-liberdade-propriedade. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência, em especial a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, tem ampliado por interpretação e construção constitucional o alcance e o significado dessa cláusula. Atualmente identificam-se pelo menos dois aspectos essenciais ao devido processo legal: o devido processo legal em sentido material (*substantive due process*) e o devido processo legal em sentido processual (*procedural due process*).

O primeiro remete ao direito a um processo justo, o qual deriva na proibição da irrazoabilidade e na máxima da proporcionalidade, com seus subprincípios da adequação (utilidade), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo tribunal Federal, sob o influxo da interpretação americana, já assentou o entendimento de que máxima da proporcionalidade decorre da norma constitucional do devido processo legal em seu aspecto conteudístico. Originalmente empregados como instrumentos de controle da atividade administrativa, os princípios da razoabilidade, no direito norte-americano, e da proporcionalidade, no direito germânico, foram aos poucos incorporados ao arcabouço teórico da jurisdição constitucional, como instrumentos de controle judicial da atividade legislativa, principalmente da legislação limitadora dos direitos fundamentais.

Por sua vez, o sentido procedimental do devido processo legal diz respeito ao direito a um procedimento previsto em lei que assegure ao litigante, entre outras garantias, o contraditório e a ampla defesa. O contraditório, definido pela doutrina como o direito à informação necessária e à reação possível, implica o direito de informação geral sobre o processo, a bilateralidade de audiência e a motivação das decisões judiciais. A ampla defesa, concebida como o direito à adequada resistência às pretensões adversárias, implica o caráter prévio da defesa, o duplo grau de jurisdição, o direito a uma defesa técnica, o direito de ser notificado do processo, de produzir provas e contraditar as provas produzidas pela outra parte.

Isso em meros mementos, haja vista o caudal de possíveis derivações contidas no sentido procedimental do devido processo legal, tais como o princípio do juiz natural, o princípio da imparcialidade da jurisdição, e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

O devido processo legal constitui o núcleo axiológico dos princípios constitucionais processuais, representando para o sistema de direitos e garantias pro-

cessuais o mesmo que o princípio da dignidade da pessoa humana representa para o sistema de direitos e garantias fundamentais em geral. Em outras palavras, o devido processo legal é a base de sustentação dos princípios processuais da Constituição os quais, em última análise, podem ser reconduzidos à noção de processo justo e de tutela jurisdicional adequada. Nesse mesmo sentido, o prof. Ivo DANTAS: “sob o ângulo do *Direito Constitucional Processual*, caso desejássemos tratar de apenas um só princípio, poderíamos ficar limitados ao *Devido Processo Legal*, isto porque, em última análise, todos os demais são dele *decorrentes*” (DANTAS, 2003, p. 165).

Em conclusão, pode-se qualificar o princípio da inafastabilidade como um princípio jurídico constitucional, de natureza processual, que constitui uma das derivações diretas do princípio geral do devido processo legal, notadamente no seu aspecto procedimental (*procedural due process*), consubstanciando uma das mais importantes garantias constitucionais do processo.

4. CONTEÚDO DOGMÁTICO DA INAFASTABILIDADE E PRINCIPAIS REPERCUSSÕES

O princípio constitucional da inafastabilidade está enraizado na história constitucional brasileira, tendo sido concebido como instrumento de defesa do indivíduo contra o Estado, uma garantia processual contra a opressão e o abuso de poder. Inaugurado pela Constituição do pós-guerra, em 1946, consubstancia clara reação contra o regime autoritário de Getúlio Vargas que vedava o controle jurisdicional dos atos governamentais praticados em estado de exceção, isentando de fiscalização os arbítrios praticados pelo ditador na perseguição de seus opositores e adversários políticos. Relegado à condição simbólica no regime autoritário da Revolução de 1964, o princípio recuperou sua importância em 1988, avançando para além de seu perfil individualista original para agregar outros conteúdos.

Garantia constitucional de natureza processual, o princípio da inafastabilidade é uma das derivações mais importantes do devido processo legal, proibindo a imposição de obstáculos odiosos para que o jurisdicionado obtenha a tutela jurisdicional. Segundo observa Nelson NERY JUNIOR, embora seu principal destinatário seja o legislador, já que a Constituição prescreve que a lei não poderá excluir do controle jurisdicional lesão ou ameaça a direito, o princípio da inafastabilidade irradia efeitos pela ordem jurídica, atingindo a todos, de maneira que nem o legislador nem mais ninguém pode impedir o acesso à tutela jurisdici-

onal (NERY JUNIOR, 2004, p. 130). Como norma principiológica que é, a garantia da inafastabilidade possui função normogenética, desdobrando-se em outros princípios e garantias que constituem especificações de seu núcleo essencial, os quais são analisados em seguida.

4.1. CONTEÚDO DOGMÁTICO DA INAFASTABILIDADE

O princípio da inafastabilidade toca em dois dos termos mais relevantes para a moderna doutrina processual, o acesso à justiça e a efetividade do processo, ambos essenciais para o próprio funcionamento do regime democrático, uma vez que no Estado Democrático de Direito o processo constitui instrumento indispensável para a legitimidade do exercício das funções estatais.

A estreita relação com o acesso à justiça é observada por Rui PORTANOVA, segundo o qual a inafastabilidade verdadeiramente abre o Judiciário para todo tipo de discussão, conferindo ao Poder Judiciário no Brasil uma atuação muito abrangente, em especial para as discussões de caráter público. É importante registrar que o acesso à justiça interfere, também, no direito a uma tutela jurisdicional adequada, justa e efetiva, porquanto o direito de acesso à justiça implica o direito de acesso a uma ordem jurídica justa (cf. PORTANOVA, 2005, p. 82-84).

Além disso, o princípio apresenta a vertente da indeclinabilidade, que proíbe o juiz de abster-se de julgar alegando a existência de lacunas no ordenamento jurídico, ou seja, o princípio veda a negativa da prestação jurisdicional ou, ainda, a negativa de acesso à justiça. Isso porque se o princípio da inafastabilidade impede qualquer pessoa ou instituição de criar obstáculos à prestação da tutela jurisdicional, tem-se como consequência inelutável que nem mesmo o juiz pode impedir o direito de acesso à justiça declinando de seu dever-poder de julgar.

4.2. ACESSO À JUSTIÇA

Como se vem de ver, dentre os principais desdobramentos do princípio da inafastabilidade está o princípio do acesso à justiça, também identificado com o direito constitucional de ação, que consiste no direito subjetivo da obtenção da tutela jurisdicional do Estado. Segundo Nelson Nery JUNIOR, o princípio do acesso à justiça nada mais é que a possibilidade efetiva da parte obter a prestação jurisdicional, isto é, de obter uma sentença, desde que preenchidas as condições de ação, uma sentença *tout court*, seja acolhendo ou rejeitando a

pretensão deduzida em juízo, seja favorável ou desfavorável ao autor, ou, no uso da Suprema Corte Americana, é o direito do jurisdicionado de ter seu dia na Justiça (*his day in Court*) (cf. NERY JUNIOR, 2004, p. 70 e 136-137).

Muitas vezes definido como o direito subjetivo público de provocar o Estado e obter uma tutela jurisdicional, tende-se sempre a ver o direito de ação como um direito do autor da ação, aquele que figura no pólo ativo da relação jurídica processual. No entanto, o professor Francisco Wildo Lacerda DANTAS adverte que o direito à tutela jurisdicional também é reconhecido ao sujeito passivo da relação jurídica processual, de maneira que o direito à defesa no processo nada mais é que o direito constitucional de ação visto sob a perspectiva do réu:

“Considero que a visão correta da defesa é a de que ela corresponde ao mesmo direito de ação, com a diferença fundamental de que enquanto esta – a ação – é proposta pelo autor, a defesa é exercida pelo réu. Uma – a defesa – é consequência da outra – a ação –, mas têm ambas a mesma natureza de direito cívico reconhecido a todos de exigir do Estado a prestação jurisdicional.” (DANTAS, 2007, p. 295-296)

O direito constitucional de obter a tutela jurisdicional, através do processo, não se confunde com o direito de petição, que lhe permite postular junto ao poder público a defesa de direitos ou interesses, principalmente contra a ilegalidade ou o abuso de poder. Este último é um direito político que pode ser exercido por qualquer pessoa física ou jurídicas, e está encartado no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição da República, *verbis*: “são assegurados, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

O direito de petição assegura ao particular uma resposta adequada do poder público não só aos pleitos em que defende seus interesses, petição no sentido estrito, como também às suas petições de caráter denunciatório, quando tradicionalmente se fala em direito de representação, numa atividade umbilicalmente vinculada ao exercício da função administrativa do Estado, remetendo ao direito processual administrativo. De outro lado, o direito constitucional de ação se identifica com o direito de acesso à justiça, o direito de ser ouvido perante um tribunal independente, num prazo razoável, remetendo-se ao trinômio jurisdição-ação-processo jurisdicional (DANTAS, 2007, p. 266).

A amplitude do princípio do acesso à justiça na Constituição de 1988, assim como outros fatores relacionados ao perfil progressista e inovador do

sistema constitucional vigente, tem influenciado o Judiciário brasileiro a assumir cada vez mais uma postura de ativismo no controle de políticas públicas. Isso porque, como se disse, o princípio da inafastabilidade submete ao Judiciário praticamente qualquer discussão, notadamente questões que são objeto de debate público intenso relativas a direitos sociais, econômicos e culturais:

“A preocupação com o acesso à justiça no Brasil, que informa o princípio da inafastabilidade, é uma filosofia libertária, aberta para o social e para a realidade, que busca, imperativa e ingentemente, métodos idôneos de fazer atuar os direitos sociais e uma justiça mais humana, simples e acessível”. (PORTANOVA, 2005, p. 83).

Deveras, o próprio Supremo Tribunal Federal já apresentou sinais positivos em favor do controle judicial de políticas públicas, com vistas a assegurar a efetividade de direitos fundamentais sociais. Para percebê-lo basta analisar como vem se comportando sua jurisprudência em relação a questões relativas ao direito social à saúde, no que toca à obrigação do Poder Público de fornecer aos portadores do vírus HIV o coquetel de medicamentos antiviróticos (Agravado Regimental no RE nº 271286/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. 12.09.2000, Segunda Turma), e pertinentes ao direito social à educação, onde foi imposto aos Municípios o dever de assegurar para crianças de até seis anos de idade atendimento em creche e em pré-escola (Agravado Regimental no RE nº 410715/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 22.11.2005, Segunda Turma).

4.3. TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA

Outra derivação do princípio da inafastabilidade é o direito a uma tutela jurisdicional adequada, pois o princípio do acesso à justiça pressupõe o acesso efetivo a uma ordem jurídica justa. O aspecto da justiça da tutela jurisdicional tangencia o debate sobre a justiça alternativa e sobre o ativismo judicial, pondo em perspectiva os limites da discricionariedade judicial e sua legitimidade, enquanto a ênfase na efetividade da tutela jurisdicional suscita o problema das medidas liminares e do poder geral de cautela dos juízes, não só para fazer cessar o ato, fato ou situação ilícita que prejudica o direito do jurisdicionado, como também para evitar que o prejuízo se perfaça.

Considera-se que, para ser efetiva, a tutela jurisdicional deve proporcionar à parte tudo aquilo e exatamente aquilo a que teria direito caso não precisas-

se recorrer ao Judiciário. Como resultado disso, parte da doutrina processual vê no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, especialmente na parte do dispositivo que prescreve que o Judiciário poderá apreciar tanto a lesão quanto a *ameaça* de lesão a direito, o direito constitucional à tutela inibitória, mediante a concessão de medidas liminares antecipatórias da tutela jurisdicional e cautelares.

Luís Guilherme MARINONI foi um dos primeiros estudiosos brasileiros a enfatizar esse aspecto do direito constitucional de acesso à justiça, argumentando que, em face da existência de determinados direitos cuja tutela adequada não se compraz com o mero ressarcimento, é inegável o direito a uma tutela preventiva. O autor resume a questão da seguinte maneira:

“Seria absurdo supor que o cidadão não tem direito à tutela preventiva, principalmente em vista da referida norma constitucional (princípio da inafastabilidade), que alude expressamente a ameaça de direito. Se a Constituição afirma determinados direitos – como o direito à honra, o direito à imagem, o direito à higidez do meio ambiente etc. – e estes, por sua natureza, não podem ser violados, o legislador infraconstitucional está obrigado a predispor uma tutela jurisdicional capaz de impedir a prática do ilícito. Na verdade, se a existência do direito material, em nível de efetividade, depende da efetividade do processo, não há como se negar que a instituição de direitos que não podem ser tutelados através da técnica ressarcitória faz surgir, por consequência lógica, um direito a uma tutela que seja capaz de evitar a violação do direito material.” (MARINONI, 1999, p. 114)

Deveras, o direito constitucional do acesso à justiça tem como consequência natural e insuperável a institucionalização dos provimentos que viabilizem a tutela jurisdicional preventiva, mesmo a de caráter satisfativo, diante de situações de urgência em que exista ameaça de lesão a direito, individual ou transindividual, tanto que presentes os requisitos de plausibilidade da demanda.

No ordenamento jurídico brasileiro, essa necessidade de institucionalizar a tutela inibitória se traduziu inicialmente em discussões sobre o alcance e os limites do poder geral de cautela dos juízes, passando pela positivação na lei processual de provimentos de natureza cautelar e antecipatória, especialmente com o instituto da antecipação da tutela no artigo 273 do Código de Processo Civil. Mas, em contrapartida, tem revertido cada vez mais na concentração de

poderes nos tribunais em detrimento da jurisdição exercida pelo juiz de primeira instância.

Aqui deve-se pontuar que o aspecto do direito de acesso à justiça relativo à efetividade da tutela jurisdicional também constitui um fator importante na promoção do ativismo judicial, causando forte impacto sobre o modelo referencial de atuação da magistratura brasileira. Diante da expectativa social gerada pela constitucionalização do direito à tutela jurisdicional adequada (efetiva) e do direito fundamental de acesso a uma ordem jurídica justa, os juízes brasileiros são convidados – senão desafiados – a assumirem uma responsabilidade política e social muito grande que, muita vez, implica necessariamente uma postura ativista. Entretanto, identifica-se uma forte tendência no sentido oposto ao da efetividade das medidas liminares, a propósito disso, calha citar a opinião do prof. José Lázaro Alfredo GUIMARÃES:

“O processo civil brasileiro só tem serventia, hoje, porque integrado pelas medidas cautelares e antecipativas. (...)”

“Ocorre que a efetividade das decisões antecipativas de mérito implicou um rápido e expressivo crescimento da demanda judicial. A reforma processual se fez acompanhar de mudanças na sistemáticas recursal, especialmente no agravo de instrumento. Tais mudanças provocaram a sobrecarga dos tribunais, neles concentrado poderes excessivos.”

“O processo democrático requer um aparelho judicial independente e eficaz, espalhado pelo território nacional e apto à solução ordenada dos litígios. O enfraquecimento da linha de frente do poder Judiciário, da sua base, o primeiro grau de jurisdição, e a concentração desmedida de poderes na segunda instância e nos tribunais superiores implicam um retorno ao absolutismo, à justiça das cortes e, em consequência, à fragilidade do sistema como um todo.” (GUIMARÃES, 2006, 38-39).

Em suma, a magistratura brasileira recebe sinais contraditórios. De um lado as inovações constitucionais e a moderna doutrina processual insistem na importância de assegurar ao jurisdicionado um amplo acesso à justiça, mediante um processo justo e uma tutela jurisdicional efetiva, estimulando uma postura de ativismo judicial. Mas de outro lado, esse impulso é contraditado pela tendência de esvaziamento de importância do juízo de primeira instância, designadamente pela “sobrevalorização da função política de controle das liminares, antecipações de tutela, sentenças e até de acórdãos pelos presidentes dos tribunais,

inclusive dos tribunais superiores, antes da admissão do recurso extraordinário ou do especial, o que viola, flagrantemente, o princípio do juiz natural” (GUILMARÃES, 2006, p. 39).

4.4. TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Na descrição histórica do princípio da inafastabilidade, já se observou que a redação acolhida pela Constituição de 1988 incorporou duas mudanças significativas no conteúdo do princípio da inafastabilidade. A primeira delas, relativa à tutela jurisdicional inibitória, foi objeto das considerações no item anterior, que tratou da tutela jurisdicional adequada. Agora, cumpre examinar a mudança decorrente da supressão do termo “individual” do dispositivo no atual texto constitucional.

O termo individual que constava na redação original do princípio da inafastabilidade, tal como instituído pela Constituição de 1946, dava a impressão de que somente pessoas, individualmente, poderiam se socorrer da tutela jurisdicional. Entrementes, a partir de 1988 o princípio da inafastabilidade teve seu âmbito de eficácia ampliado passando a compreender não só as pessoas físicas, como também as pessoas jurídicas e os entes despersonalizados dotados de personalidade judiciária, especialmente no que toca à defesa de direitos e interesses difusos e coletivos.

Sabe-se que a lei processual civil, em regra, impede que se postule direito alheio em nome próprio, conforme norma do artigo 6º do CPC: “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Essa regra, no entanto, embora seja plenamente adequada ao sistema clássico do processo individual, mostra-se insuficiente à tutela dos direitos transindividuais, o que demandou a busca de alternativas no campo da legitimidade para adaptar a legislação à nova realidade da sociedade de massa, permitindo maior efetividade a esses direitos. Isso porque, as maiores dificuldades ao acesso à justiça muitas vezes residem mais nas condições sociais dos juridicionados do que nos instrumentos jurídicos disponíveis no ordenamento.

Assim, foi preciso construir meios que permitissem o acesso à justiça desses interesses transindividuais que, de outra forma, permaneceriam num certo limbo jurídico. Nesse passo, a ação civil pública, regulada pela Lei da Ação Civil Pública (LACP) – Lei nº 7.347/85, surgiu como instrumento de veiculação de interesses e direitos difusos e coletivos, havidos como socialmente relevantes, visando à tutela dos interesses difusos e coletivos e, excepcionalmente, à

defesa de interesses individuais homogêneos. Junto ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), constituiu um sistema processual autônomo: o processo coletivo.

Com efeito, a LACP conferiu legitimidade ao Ministério Público e às pessoas jurídicas de direito público, bem como às associações civis para ajuizarem ações civis públicas na defesa de direitos e interesses difusos e coletivos relativos a matérias determinadas: meio ambiente, consumidor, patrimônio histórico, turístico, artístico, estético e paisagístico. De outro lado, o CDC ampliou a legitimação dessas entidades para a tutela jurisdicional de quaisquer outros interesses difusos e coletivos. Aliás, o rol de legitimados para propor ação civil pública recentemente foi alterado pela Lei nº 11.448/2007, com a inclusão da Defensoria Pública.

Ainda assim, pode-se dizer sem medo de errar que, na praxe forense, a quase totalidade das ações civis públicas são patrocinadas pelo Ministério Público, no exercício das funções que lhe foram atribuídas pelo artigo 129, inciso III, da Constituição da República, o qual estatui que a ação civil pública é o instrumento processual adequado para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos.

O grande espaço ocupado pela atuação institucional do Ministério Público na defesa dos direitos transindividuais se justifica por vários fatores, dentre os quais merecem destaque pelo menos dois. O primeiro decorre da circunstância de que o Ministério Público dispõe de exclusividade para a instauração do inquérito civil, podendo notificar pessoas e proceder à oitiva de depoimentos, requisitar documentos e determinar a realização de perícias, o que facilita sobremaneira o penoso trabalho de instruir o processo. O segundo fator está ligado à formação cultural da sociedade civil brasileira que, ao contrário do que ocorre nos EUA, país cuja experiência com as chamadas “*class actions*” inspirou o modelo brasileiro das ações coletivas”, não tem a mesma tradição na defesa coletiva de direitos.

4.5. PRINCÍPIO DA INDECLINABILIDADE

Por fim, constitui derivação do princípio da inafastabilidade o princípio da indeclinabilidade, segundo o qual o juiz não pode deixar de julgar, sendo-lhe proibido de recorrer ao *non liquet*, isto é, o juiz não pode se eximir de sentenciar alegando obscuridade ou lacuna na lei. No caso de o magistrado deixar de julgar alegando que não existe previsão legal para a hipótese ocorre uma ofensa

à indeclinabilidade da função jurisdicional e, por via de consequência, ao direito constitucional de ação: “O juiz não pode deixar de julgar. Mesmo que nada tenha ficado provado, ainda que o juiz não saiba quem tem razão, ainda que não saiba qual das partes é a vítima e qual o algoz, ainda que ignore qual das partes o está enganando, o juiz tem o dever de julgar” (TESHEINER In PORTANOVA, 2005, p. 92).

Existem, no ordenamento jurídico brasileiro, vários dispositivos infraconstitucionais que especificam o dever que cabe ao magistrado de se pronunciar sobre os fundamentos da pretensão deduzida em juízo para acolher ou rejeitar o pedido, independentemente da existência de um dispositivo legal que cuide expressamente da matéria objeto do litígio. Via de regra o sistema jurídico prevê que, diante de uma lacuna no ordenamento, caberá ao juiz completá-la utilizando a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, eventualmente conferindo ao magistrado a possibilidade de se valer da equidade como forma de solucionar a causa, como se pode perceber das transcrições que seguem:

Lei de Introdução ao Código Civil – LICC (Decreto-lei 4.657/42):

Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Código de Processo Civil – CPC (Lei 5.869/73):

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Art. 1109. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-lei nº 5.452/42):

Art. 8º – As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Código Tributário Nacional – CTN (Lei 5.172/66):

Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I – a analogia;

II – os princípios gerais de direito tributário;

III – os princípios gerais de direito público;

IV – a equidade.

Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei 8.078/90)

Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Nelson NERY JUNIOR observa que a doutrina da plenitude lógica do direito vem sendo questionada pela doutrina moderna, dada a existência de lacunas no ordenamento que exigem um trabalho construtivo da jurisprudência, abrindo espaço para a discricionariedade judicial (NERY JUNIOR, 2004, p. 148149). Deveras, um dos temas mais discutidos na moderna filosofia do Direito é justamente esse espaço de liberdade conferido ao juiz na ausência de uma disposição legal que regule determinada situação, ou mesmo na ausência de um precedente de jurisprudência, no sistema do *common law*. Como o juiz não pode se abster de julgar em virtude da lacuna, surge a questão de saber se tais situações o juiz livre seria para decidir a causa de acordo com sua vontade.

Apenas para exemplificar a importância do tema da indeclinabilidade e sua interferência com o ativismo judicial, lembre-se que a discricionariedade do juiz é um aspecto importante tanto na teoria positivista de HART quanto na teoria construtivista de direitos de Ronald DWORKIN (cf. IKAWA, 2004, p. 97).

Enquanto HART admite que nessas situações o juiz seria virtualmente livre para decidir de acordo com sua vontade, DWORKIN defende a existência de balizas à atuação inovadora do juiz na superação das lacunas do ordenamento jurídico, argumentando que o juiz tem o dever jurídico de buscar sempre, tomado o estudo das instituições existentes, a melhor justificação moral para sua decisão, com base em argumentos de princípios e levando em consideração a história e a prática institucional (PEDRON, 2005, p. 74).

Se essa discussão se afigura relevante para os sistemas jurídicos de precedentes (*common law*), os quais admitem naturalmente uma maior abertura para a construção jurisprudencial com base em juízos de equidade, com maior razão é importante para os sistemas jurídicos continentais (*civil law*), como o brasileiro, nos quais tradicionalmente se entende a atividade jurisdicional como um exercício intelectual onde o juiz se limita a “dizer” o direito criado pelo legislador.

É patente que o dever do juiz de julgar a causa, mesmo quando existe dúvida sobre questão de fato ou quando não existe uma norma jurídica que discipline a matéria, constitui estímulo à criação judicial do Direito. Numa moderna compreensão do direito por princípios, essa atividade criadora da jurisprudência, em condições normais, deverá privilegiar os mandamentos constitucionais, em especial os direitos fundamentais. Ainda assim, não há dúvidas de que a falta de critérios rigorosos para pautar a atuação do juiz, nas situações em que existam lacunas no ordenamento jurídico, constitui um incentivo ao ativismo judicial.

5. UMA PALAVRA SOBRE ATIVISMO JUDICIAL

Por fim, no intuito de melhor esclarecer a relação entre o princípio da inafastabilidade, em todas as suas consequências, e o modelo de ativismo judicial, cumpre discorrer ainda que brevemente sobre o que se entende por ativismo e sobre o discurso que pretende legitimá-lo no Brasil.

Existem várias definições de ativismo judicial, mas para os propósitos dessa pesquisa decidiu-se utilizar o conceito adotado por Thamy POGREBINSCHI. A autora considera ativista o juiz que no exercício de suas funções: a) questiona e revê decisões dos demais poderes; b) controla e promove políticas públicas; c) não identifica necessariamente a coerência do Direito e o princípio da segurança jurídica como limites de sua atividade (POGREBINSCHI, 2000, p. 122).

Importa ressaltar que, a fim de caracterizar o ativismo judicial, tais critérios devem se apresentar simultaneamente, ainda que em graus diferenciados, na atuação do juiz. Significa dizer que a recusa do juiz de atuar segundo qualquer uma dessas atitudes faz com que, segundo tal definição, ele não seja considerado um juiz ativista. Nesse passo, cabem algumas distinções.

O ativismo judicial normalmente é associado a outros conceitos e fenômenos, tal qual a discricionariedade judicial, o debate do interpretativismo e o originalismo, a revisão constitucional e a judicialização da política.

O ativismo se distingue do conceito de discricionariedade judicial na medida em que pode se apresentar na solução de casos regulados expressamente na lei, enquanto a discricionariedade é própria apenas da solução das lacunas do ordenamento jurídico. Nesse passo, conquanto a discricionariedade judicial se identifique com parte das situações que poderiam ser consideradas de ativismo judicial, não chega a exaurir todas elas. É dizer que pode haver ativismo sem discricionariedade judicial e pode haver discricionariedade sem que haja ativismo judicial.

O debate ente interpretativismo vs. originalismo da doutrina americana diz respeito à atitude hermenêutica do juiz em se limitar em aplicar normas estabelecidas na Constituição, de forma explícita ou implícita, ou de admitir uma interpretação construtiva do texto constitucional. Segundo o originalismo os juízes deveriam decidir demandas de natureza constitucional apenas mediante uma atividade intelectual das normas constitucionais. Para essa teoria, o papel das cortes deveria limitado à investigação do conteúdo literal da lei constitucional, de forma que qualquer ambigüidade no significado do texto deve ser resolvida pela referência à intenção dos constituintes (*framers*); isso porque juízes não possuem legitimidade democrática, uma vez que não são eleitos pelo voto popular, devendo limitar-se às intenções originais dos representantes do Povo. Já as teorias interpretativistas enunciam que é inelutável o fato de que os juízes exercem uma liberdade de escolha em suas decisões, ao interpretarem a Constituição, admitindo uma concepção evolutiva desta segundo o avançar do tempo e do pensamento político, e mesmo a existência de direitos não enumerados.

A corrente interpretativista se aproxima do ativismo judicial na medida em que admite a denominada “construção constitucional” (*construction*). Trata-se de uma forma de interpretação que utiliza elementos extrínsecos ao texto, tais como princípios, fatos e valores, para determinar não o sentido das palavras, mas o significado de toda a Constituição, o texto inteiro, em conexão de sentido, em suma, “é um expediente supletivo reconhecido e utilizado pelos tribunais de, construindo e recompondo o direito aplicável, suprir deficiências ou imperfeições da manifestação constituinte originária” (BULOS, 1997, p. 141-149).

Por fim, não se pode vincular, necessariamente, ao ativismo judicial o poder de revisão constitucional e o fenômeno da judicialização da política, pois embora ambos estejam fortemente associados ao ativismo judicial não constituem condições *sine qua non* para sua ocorrência (TATE, 1995, p. 27 ss.).

O debate sobre a judicialização da política e o ativismo judicial ganhou corpo, no Brasil, a partir da Constituição de 1988, principalmente com base na

doutrina do direito alternativo. Mas a obra fundamental para a compreensão do tema da judicialização veio muito depois do movimento alternativista. Cuida-se da pesquisa de Luiz Werneck Vianna e outros: “A judicialização da política e das relações sociais no Brasil”. Os autores descrevem o processo de judicialização sob uma perspectiva favorável, refutando a acusação de que o fenômeno se desenvolveria à margem da soberania popular, sustentando, ao contrário, que o crescimento do papel institucional do Poder Judiciário constitui uma forma de aperfeiçoamento e de aprofundamento da democracia brasileira (VIANNA, 1999, p. 257-260).

A Constituição da República de 1988, com efeito, é um marco importante para o ativismo judicial no Brasil. Nesse sentido, Gisele CITTADINO afirma o Brasil observou uma ampliação do controle normativo do Poder Judiciário, favorecida pela Constituição de 1988, que, ao incorporar direitos e princípios fundamentais, configurar um Estado Democrático de Direito e estabelecer princípios e fundamentos do Estado, permitiu uma atuação da magistratura com base em procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais (CITTADINO, 2004, p. 105). Essa também é a opinião de Flávio Dino de C. COSTA, segundo o qual o Judiciário no Brasil recebeu estímulos na direção do ativismo judicial do dirigismo constitucional e da promessa de efetivação dos direitos sociais (COSTA, 2005, p. 40-53).

É natural, portanto, que a defesa do ativismo judicial no Brasil se apóie na necessidade de dar efetividade a direitos fundamentais, sobretudo em prol dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Em boa verdade, pode-se afirmar que, do ponto de vista teórico, existe relativo consenso na doutrina no sentido de reconhecer a necessidade de um Judiciário mais ativista, notadamente para viabilizar a defesa em juízo de direitos sociais. Essa é a tese, por exemplo, de Andreas KRELL, que defende a possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais através do controle judicial dos serviços públicos (cf. KRELL, 2002) e de Ingo SARLET, para quem sob determinadas condições, direitos subjetivos a prestações independentemente da concretização do legislador (SARLET, 2003, p. 345 ss.).

6. *INAFASTABILIDADE: GARANTIA CONSTITUCIONAL DE UM JUDICIÁRIO ATUANTE EM PROL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS*

Há fortes motivos para defender a tese de que, a partir da Constituição de 1988, o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional dá

sustentação jurídica a um modelo de ativismo judicial no Brasil, voltado para a efetivação dos direitos fundamentais, notadamente dos direitos sociais, econômicos e culturais.

O direito de acesso à justiça, identificado com o direito constitucional de ação, é o principal desdobramento do princípio da inafastabilidade. Interpretando essa garantia em consonância com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e com o princípio geral do devido processo legal, a moderna doutrina processual tem defendido, com base nesse dispositivo, o direito fundamental de acesso a uma ordem jurídica justa.

Tal visão garantística, juntamente com a amplitude quase irrestrita do controle jurisdicional no Brasil, impelem uma atuação judicial comprometida com a realização dos valores constitucionais, principalmente dos direitos fundamentais, abrindo as portas do Judiciário para virtualmente qualquer causa, contribuindo para a judicialização da política e das relações sociais e, em última análise, influenciando os juízes a assumirem uma postura de ativismo.

Também a partir de 1988, as construções doutrinárias sobre o direito à efetividade da tutela jurisdicional adquiriram mais força no Brasil, tanto assim que repercutiram em 2004, durante a Reforma do Judiciário, na inclusão do direito à duração razoável do processo e à celeridade processual no rol dos direitos fundamentais. Esse outro aspecto da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional também contribui, e muito, para o chamado ativismo judicial, na medida em que cobra do juiz brasileiro um compromisso com a satisfação efetiva, real, das pretensões dos jurisdicionados.

Sob a luz dessa moderna dogmática processual, o juiz deve agregar ao dever fundamental da imparcialidade uma responsabilidade política e social com a efetividade da tutela jurisdicional, o que muita vez impõe uma postura de ativismo. De outra forma, seria inviável a proteção de determinados direitos cuja tutela não se compadece com um provimento ressarcitório. Como assegurar a efetiva tutela jurisdicional do direito à vida, à saúde e à educação, apenas para exemplificar, sem intervir em alguma medida nas políticas públicas governamentais?

A vertente da proteção dos direitos transindividuais constitui, ainda, outro fator de estímulo ao ativismo judicial. O sistema do processo coletivo, implementado no Brasil com base na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, passou a exercer grande relevância no modelo de atuação do Judiciário brasileiro, principalmente a partir da reformulação do papel institucional do Ministério Público, o qual passou a ser atuante na defesa dos interes-

ses da sociedade, nomeadamente através da tutela dos direitos coletivos e difusos.

Nesse contexto, a tutela do meio ambiente e do consumidor sobressaem como pontos sensíveis e propícios ao ativismo judicial, favorecendo a interferência do Judiciário em temas sujeitos a um amplo debate público. A propósito disso calha mencionar que recentemente a execução do projeto de transposição das águas do Rio São Francisco, um mais importantes, e vultosos em termos financeiros, do governo federal, foi suspenso justamente em virtude do ajuizamento de uma demanda judicial discutindo questões ambientais.

Por sua vez, o princípio da indeclinabilidade favorece o ativismo judicial ao incentivar o juiz a superar as lacunas do ordenamento jurídico, com base em princípios constitucionais, abrindo espaço no sistema de direito continental para o juízo de equidade. A atividade criadora do juiz, nesses casos, acaba por ser plenamente legitimada, porque, por mais que se busque limitar a discricionariedade judicial, não subsistem limites rigorosos para o poder normativo judicial diante das lacunas no ordenamento.

É bem verdade que todas essas análises só são verdadeiras na medida em que se aceita a premissa de que ao Judiciário cabe agir positivamente no sentido de implementar as promessas do dirigismo constitucional de 1988, aderindo-se ao caudal de argumentos da doutrina progressista da moderna jurisdição constitucional.

Enfim, a conclusão de que o princípio da inafastabilidade serve de fundamento jurídico do ativismo judicial, pressupõe uma petição de princípio: a Constituição é uma verdadeira norma jurídica e todas as suas disposições, até mesmo as normas definidoras de direitos sociais, devem ser interpretadas e aplicadas como tal. Mas, uma vez acatada a premissa, não subsistem maiores dificuldades para reconhecer nesse princípio fundamento de legitimidade para um Judiciário atuante, na defesa de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

1. LIVROS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação do Direito Constitucional*. 6 ed. rev. at. amp., São Paulo: Saraiva, **2004**.

BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra, **1989**.

- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, **1997**.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Teoria Geral do Processo*: (Jurisdição, Ação (Defesa), Processo). 2 ed. at. amp., São Paulo: Método, **2007**.
- DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo*. Vol. I, Curitiba: Juruá, **2003**.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional: teoria da Constituição; as Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, **1976**.
- GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 56). São Paulo: Revista dos Tribunais, **2003**.
- GUIMARÃES, José Lázaro Alfredo. *Tutela efetiva: garantia constitucional de justiça eficiente*. Recife: Ed. do Autor, **2006**.
- KRELL, Andreas J.: *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: SAFE, **2002**.
- MORAES, Germana de Oliveira. *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, **1998**.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8 ed. rv. at. amp., São Paulo: RT, **2004**.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 6 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, **2005**.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. rv. amp., Porto Alegre: Livraria do Advogado, **2002**.
- TATE, Neal C.; VALLINDER, TORBJÖRN. *The Global Expansion of the Judicial Power*. Nova Iorque: NY University Press, **1995**.
- VIANNA, Luiz Werneck [et. al.]. *Judicialização da Política e das Relações Sociais*. Rio de Janeiro: REVAN, **1999**.
2. Artigos
- CITTADINO, Gisele. "Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia". *ALCEU*, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul/dez **2004**.

- COSTA, Flávio Dino de C. “A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil”. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. Brasília, n. 28, p. 40-53, jan./mar. 2005.
- GARNER, Lydia M. “Justiça Administrativa no Brasil do Segundo Reinado (1842-1889)”. *Revista de História*, São Paulo: USP, n. 147, p. 159-188, **2002**.
- IKAWA, Daniela R. “Hart, Dworkin e Discricionariedade”. In *Lua Nova* n. 61, p. 97-113, **2004**.
- PEDRON, Flávio Quinaud. “Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin”. In *Revista CEJ*, Brasília, n. 30, p. 70-80, jul/set **2005**.
- POGREBINSCHI, Thamy. “Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o debate contemporâneo”. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro: PUC-RIO, v. 9, n. 17, p. 121-143, ago/dez, **2000**.